

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6027/04

בפני: כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופט א' ריבלין

העותרים: 1. טאלב חסיין רדאד ראש מועצת הכפר אלזאויה  
2. עמותת מרכז ירושלים לסיוע משפטי וזכויות  
אדם

נגד

המשיבים: 1. שר הבטחון  
2. אלוף פיקוד המרכז  
3. עיריית אריאל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ט"ו באב התשס"ו (09.08.2006)

בשם העותרים: עו"ד סלימאן שאהין

בשם המשיבים 1 ו-2: עו"ד יובל רויטמן

בשם המשיבה 3: עו"ד גילעד רוגל

## פסק-דין

הנשיא א' ברק:

העתירה מופנית כנגד תוואי גדר הביטחון הנבנית ממזרח לראש העין, לאורך כביש חוצה שומרון ומדרום ליישוב אלקנה, על אדמות הכפר אלזאויה שבנפת טול כרם.

## רקע והליכים

1. לצורך הקמת גדר ביטחון מזרחית לראש העין ולאורך כביש חוצה שומרון הוציא משיב 2 (ביום 23.5.2004) צו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 89/04/ת'. צו התפיסה תופס רצועת קרקע בשטח של כ-390 דונם. הגדר על פי צו התפיסה נבנית על אדמות הכפר אלזאויה, כפר בן כ-5,500 תושבים, השוכן מדרום לאלקנה ולכביש חוצה שומרון (כביש מספר 5). תוואי הגדר על פי צו התפיסה בין הכפר אלזאויה לבין אלקנה ממזרח למערב; התוואי נמשך מערבה לאורך כביש חוצה שומרון; כקילומטר מקו תחום איו"ש פונה התוואי דרומה ונמשך על פני כ-2.5 ק"מ, במרחק של כ-1-1.5 ק"מ מקו תחום איו"ש, עד לאדמות הכפר ראפאת.

2. העותרים – ראש מועצת הכפר אלזאויה, תושבים מן הכפר ובעלי קרקעות בתוואי הגדר – פנו בעתירה לביטולו של צו תפיסת המקרקעין. העתירה המקורית (מיום 25.6.2004) הופנתה כנגד צו תפיסה 24/04/ת', אשר קבע תוואי גדר שונה באיזור נשוא העתירה. על פי התוואי המקורי שתוכנן, הייתה הגדר עתידה לעבור מסמוך לבתי הכפר אלזאויה מצד צפון ומכיוון מערב. נטען בעתירה המקורית כי התוואי המתוכנן יפריד בין תושבי הכפר לבין חלק משמעותי ביותר מהאדמות החקלאיות של התושבים ומעתודות הקרקע של הכפר וכן ימנע את השימוש של תושבי הכפר בכביש חוצה שומרון.

3. עם הגשת העתירה ניתן בה צו ארעי, שהורה למשיבים להימנע מביצוע עבודות להקמת גדר הביטחון על אדמות הכפר אלזאויה. עובר לדיון בעתירה (ביום 28.6.2004) הושג בין הצדדים הסדר דיוני, לפיו ייערך סיור משותף באיזור נשוא העתירה ולפיו תומצא לעותרים מפה מפורטת המתארת את תוואי הגדר. כן הוסכם על הצדדים כי עד למועד החלטת בית המשפט בבקשה לצו ביניים, הצו הארעי יצומצם באופן שיימנע אך ורק ביצוע שינויים בלתי הפיכים בקרקעות נשוא העתירה, ובכלל זאת תימנע עקירת עצים. המשיבים התחייבו כי אם תתקבל העתירה, הרי שלגבי העבודות שיבוצעו ממועד הגשת ההודעה ואילך, ישיבו המשיבים את המצב לקדמותו וישלמו לבעלי הקרקעות פיצויים תמורת הנעשה שאין להשיבו. על פי הסכמת הצדדים, נדחה הדיון בעתירה במטרה לאפשר הידברות בין הצדדים. לאור אותה הסכמה צומצם הצו הארעי ונרשמה התחייבות המשיבים בדבר השבת המצב לקדמותו.

4. בהתאם להסכמה בין הצדדים נערך סיור משותף בשטח (ביום 30.6.2004). לאחר הסיור הודיעו נציגי המשיבים כי התוואי נמצא בבחינה מחודשת. בעקבות הבחינה המחודשת הוכנסו שינויים משמעותיים בתוואי. מצפון לכפר אלזאויה הוסט התוואי בקטע הצפוני לכיוון אלקנה, מעבר לכביש חוצה שומרון; בצידו המערבי הוזה התוואי מערבה לכיוון קו תחום איו"ש. בהתאם לשינויים עליהם הוחלט הוצא (ביום 13.12.2004) צו תפיסה מתוקן – צו תפיסה 89/04 ת'. סיור בעלים לפרסום הצו נערך ביום 19.12.2004. העותרים הוסיפו להתנגד לתוואי המתוקן. מעבר לטענות הכלליות כי הקמת הגדר מהווה הפרה של הדין הבינלאומי, נטען בהתנגדות לפגיעה בזכויות הקניין של התושבים ולקיומם של שיקולים זרים בבחירת התוואי. התנגדויות העותרים לתוואי המתוקן נדחו על ידי המשיבים. בחלוף חודש הוגשה (ביום 4.4.2005) עתירה מתוקנת.

5. תוואי הגדר המתוקן, בהתאם לצו תפיסה 89/04 ת', עובר גם הוא באדמות הכפר אלזאויה, הגם שהתוואי מרוחק יותר מבתי הכפר בהשוואה לתוואי המקורי. לצורך הקמת הגדר ייתפסו כ-189 דונם של אדמות מעובדות השייכות לתושבי הכפר. יתר הקרקעות הנתפסות הן אדמת טרשים. על פי התוואי המתוקן, יוותרו מצידה "הישראלית" של הגדר כ-3,880 דונם מאדמות הכפר אלזאויה, 900 מתוכם הינם אדמות בבעלות פרטית. מתוך האדמות הפרטיות, כ-72 דונמים נטועים בעצי זית וכ-565 דונמים משמשים לגידולי פלחה. יתר השטחים הפרטיים הינם טרשיים. המשיבים מסרו כי הגישה לשטחים החקלאיים תתאפשר באמצעות שער חקלאי שיוקם מדרום ליישוב אלקנה. שעות הפתיחה של השער ייקבעו בתיאום עם בעלי הקרקעות. אשר ל"אדמות המדינה" של הכפר, מרביתם מוגדרות מזה שנים כשטח אש פעיל של צה"ל. השטח משמש מעת לעת לאימונים של יחידות צה"ל. הוא מוגדר כשטח סגור והכניסה אליו מותרת בהיתרים בלבד. בחלק אחר של "אדמות המדינה" הוקמה מחצבה, הפועלת מזה שנים.

6. תוואי הגדר באיזור נשוא העתירה בנוי מקטע צפוני ומקטע מערבי. המקטע הצפוני נחלק לשניים: חלקו המזרחי, הסמוך לאלקנה, עובר מצפון לכביש חוצה שומרון (להלן – מקטע אלקנה); חלקו המערבי עובר לאורך הגדה הדרומית של כביש חוצה שומרון (להלן – מקטע צפוני). מקטע אלקנה עובר מדרום ליישוב אלקנה, במרחק של כ-200 מטרים מבתי היישוב. התוואי מותיר מ"מערב" לגדר גם את מתחם "מגן דן". מתחם זה כולל 24 מבנים יבילים שהוצבו על "אדמות מדינה", בתחום השיפוט של המועצה המקומית אלקנה, אך שלא בהתאם לתכנית המתאר התקפה במקום. מקטע

אלקנה עובר, במרביתו, ב"אדמות מדינה" ומיעוטו (כ-22 דונם) בקרקע בבעלות פרטית, הנטועה עצי זית. ממערב לאלקנה חוצה התוואי את כביש חוצה שומרון. בנקודת החצייה מוקמת נקודת ביקורת, המשמשת כנקודת מעבר לכניסה לישראל. המקטע הצפוני, המתחיל בנקודת הביקורת ממשיך התוואי לכיוון מערב, לאורך הגדה הדרומית של כביש חוצה שומרון, בצמוד לכביש. חלק זה של הגדר נועד להגנה על הנוסעים בכביש חוצה שומרון. המקטע הצפוני עובר ברובו בקרקעות בבעלות פרטית (כ-170 דונם) ובחלקו הקטן באדמות מדינה. כקילומטר מקו תחום איו"ש פונה התוואי לכיוון דרום ונמשך עד לנחל רבה, שם מצוי הגבול בין אדמות הכפר אלזאויה לבין אדמות הכפר ראפעת (להלן - המקטע המערבי). המקטע המערבי עובר, ברובו, ב"אדמות מדינה", במרחק של כ-1.5-1 ק"מ מקו תחום איו"ש. המקטע הדרומי מותיר ממערב, מצידה "הישראלי" של הגדר, מחצבה המצויה מחוץ לקו תחום איו"ש. התוואי עובר במרחק של מספר מאות מטרים מהמחצבה. המקטע המערבי אינו מותיר שטחים חקלאיים ממערב לו, פרט לחלקה אחת המעובדת עיבוד עונתי, המצויה באדמות הכפר ראפעת.

7. דיון המשך בעתירה התקיים ביום 14.6.2005 (השופטים א' ברק, מ' חשין וד' ביניש). הדיון התמקד בבעיית צו הביניים, שעיקרה בקשת העותרים להימנע מעקירת עצים ברצועה הצמודה לגדה הדרומית של כביש חוצה שומרון, ובמתחם הטרמינל המתוכנן על כביש חוצה שומרון. לעניין זה רוכז הדיון במבנה הטרמינל. הוסכם כי ייערך סיור משותף במקום. המשיבים התחייבו כי עד להחלטה בהיבט זה של צו הביניים, לא יעקרו עצים בתחום הטרמינל. לאחר הסיור המשותף נענו המשיבים לבקשת העותרים כי הטרמינל יוקם מצידו הצפוני של כביש חוצה שומרון, הנטוע עצים פחות בצפיפות, בהשוואה לצד הדרומי של הכביש.

8. בדיון בעתירה (ביום 11.6.2006) נענינו לבקשת עיריית אריאל להצטרף כמשיבה נוספת בעתירה. עיריית אריאל הדגישה את חשיבות ההגנה על כביש חוצה שומרון, הוא כביש הגישה לאריאל. נטען כי הותרת חלק ממנו בלתי מוגן משמעה ניתוק מוחלט של אריאל ופגיעה אנושה בביטחון תושביה. דיון מסכם בעתירה התקיים ביום 9.8.2006. בדיון בפנינו הופיע בפנינו אלוף-משנה (מיל') דן תרזה (ראש מנהלת "קשת צבעים" העוסקת בתכנון תוואי המכשול במרחב התפר) שסקר את תוואי הגדר, את המבנה הטופוגרפי של האיזור ואת השיקולים שעמדו בפני מתכנני התוואי. מר תרזה ציין כי הסטת התוואי צפונה, אל גבול אדמות אלזאויה, לא תאפשר הגנה על כביש חוצה שומרון ותעמיד בסכנה ממשית את המשתמשים בכביש. לגבי חששם של העותרים מפני ניתוק מהעיירה סלפית, בדיון בפנינו ציין מר תרזה כי ככל שיוחלט על

הקמת הגדר בשלמותה במערב השומרון (על פי החלטת הממשלה מיום 20.2.2005), קיימת כוונה להקים כביש תת קרקעי שיעבור מתחת ל"אצבע אריאל" ויחבר את הכפר אלזאויה והכפרים בסביבתו אל איזור סלפית.

עמדות בעלי הדין

9. בעתירה המתוקנת התבקש ביטולו של צו תפיסה 89/04 ת', בהיותו בלתי חוקי ובלתי מידתי. העותרים טוענים כי התוואי המתוקן מביא להפרדת שליש מן האדמות השייכות לכפר. הוא יוצר מובלעת מוקפת מכל צדדיה במכשול גדר ההפרדה, ומנתק את היישובים אלזאויה, דיר בלוט וראפאת ממחוז סלפית, המהווה עורק חיים לאותם כפרים בתחום הבריאות, החינוך, התעסוקה וקבלת שירותים ממשלתיים. המובלעת שתיווצר תהיה מנותקת מרשת הכבישים, ללא מתן פתרון תחבורה חלופי. כן מביא התוואי לתפיסת עשרות דונמים של חלקות פרטיות ולעקירת מאות עצי זית, שמהווים מקור פרנסה למשפחות רבות בכפר. לטענת העותרים, התוואי במקטע המערבי נועד לאפשר את המשך פעילות המחצבה. המחצבה היא עסק פרטי השייך לחברה ישראלית. ההגנה על פעילות המחצבה אינה מצדיקה פגיעה באדמות מדינה של הכפר אלזאויה. העותרים מציעים תוואי חלופי, לפיו המקטע המערבי יוסט מערבה ויעבור לאורך קו תחום איו"ש; המקטע הצפוני, לאורך כביש חוצה שומרון, יוסט צפונה עד לגבול אדמות הכפר אלזאויה (מצפון לכביש).

10. טיעונם המשפטי של העותרים הוא כי הקמת הגדר מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי המנהגי, בין היתר לנוכח חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהגן. נטען כי הגנה על התנחלויות אינה בבחינת נימוק לגיטימי על פי הדין הבינלאומי, לא כל שכן הגנה על מתחם "מגן דן". העותרים מוסיפים וטוענים כי תוואי הגדר אינו מידתי, במיוחד לאור תרומת תוואי הגדר ליצירת טבעת חנק סביב מובלעת הכפרים אלזאויה, דיר בלוט וראפאת. כן נטען כי קביעת התוואי נגועה בשיקולים זרים ואפליה, המתבטאת בהעדפת שיקולי השמירה על האינטרס הכלכלי של מחצבה ישראלית על פני זכויות תושבי הכפר אלזאויה. נטען כי תוואי הגדר הוא פוגע פגיעה חמורה בזכות הקניין, בחופש התנועה, בפרנסה ובתעסוקה של התושבים הפלסטינים.

11. המשיבים מבקשים כי נדחה את העתירה. לטענתם, תוואי גדר הביטחון באזור נשוא העתירה יסודו בטעמים ביטחוניים. המדובר בתוואי סביר ומידתי. התוואי שנקבע נועד להגן, בראש ובראשונה, על ראש העין. בעיר זו מתגוררים עשרות אלפי תושבים וקיים אינטרס ראשון במעלה להגן עליהם באמצעות הגדר. קביעת מרחק ביטחוני

מספק הייתה מחייבת להקים את הגדר באמצע המחצבה. לפיכך לא היה מנוס מהקמת הגדר במקטע המערבי ממזרח למחצבה, במרחק שיימנע פגיעה באמצעים האלקטרוניים שיוצבו על הגדר, כתוצאה מהאבק שנוצר בעבודת החציבה. המשיבים מדגישים כי התוואי לא נועד להגן על המחצבה; פעילות המחצבה הובאה בחשבון אך משום הצורך למנוע פגיעה באמצעים הטכנולוגיים של הגדר. לטענת המשיבים, לא ניתן להקים את המקטע המערבי בסמוך לקו תחום איו"ש בשל צורך לשמור על מרחק ביטחון סביר מהעיר ראש העין ובשל צורך בשליטה על נקודת הגובה 252, שהיא נקודת גובה אסטרטגית בגזרה. המשיבים מציינים כי מיקום התוואי מונע את הצורך לבדוק את המחצבים המופקים במחצבה ונמנעת תורפה ביטחונית וסכנה של החדרת חומרי חבלה ומטענים לישראל, במסווה של חומרי בנייה.

12. המקטע הצפוני, לאורך כביש חוצה שומרון, נועד להגן על הכביש. מדובר בכביש ארצי, אסטרטגי, המחבר בין מרכז הארץ לבין בקעת הירדן. עיקר התנועה בכביש היא של תושבי אריאל, המונה עשרות אלפי תושבים. המשיבים מסרו כי תחילה הייתה כוונה להקים את הגדר לכל אורכו של כביש חוצה שומרון על קו רכס הנמצא כ- 200 מטרים מן הכביש, בממוצע. לתוואי זה יתרון מבצעי בולט, הן בשליטה הטופוגרפית על המרחב, הן בשמירת מרחק ביטחון הולם מהכביש. עם זאת, לאחר שקילת מכלול האינטרסים הוחלט כי המקטע הצפוני יוקם בסמוך לכביש, תוך נטילת סיכון בטחוני מסוים. מצד אחד, התוואי מספק הגנה סבירה לנוסעים על הכביש עד נקודת הביקורת. מצד שני, התוואי ממזער את הפגיעה בתושבים הפלסטינים. אשר למתחם "מגן דן" המשיבים ביקשו להבהיר כי תוואי הגדר אמנם מגן בפועל גם על "מגן דן", אולם התוואי שנקבע לא היה משתנה אילו "מגן דן" לא הייתה במיקומה הנוכחי ולא היה צורך להגן עליה מבחינה ביטחונית. התוואי החלופי שמציעים העותרים, לפיו תעבור הגדר מצפון לכביש חוצה שומרון, יפגע בהגנה על הכביש. חלופה זו נחותה באופן משמעותי מן הבחינה המבצעית. קושי נוסף בקשר לתוואי החלופי טמון בכך שאם הכביש יוסט צפונה, ייוצר מרחב צר ביותר בין גדר הביטחון נשוא העתירה לבין חלק אחר של גדר הביטחון, באיזור הכפר עזון. בין שתי הגדרות מתוכנן לעבור ציר גישה אל גוש היישובים הישראליים אלקנה, שערי תקווה ועץ אפרים. הסטת התוואי צפונה תקטין את המרחק בין שתי הגדרות לכדי מספר מאות מטרים בלבד.

13. המשיבים מבהירים כי מיקום נקודת החצייה של התוואי את כביש חוצה שומרון מצפון לדרום נקבע על פי המיקום המיטבי של נקודת הביקורת, בשים לב לשיקולי בטיחות ולזמינות "אדמות מדינה" במיקום המיועד. אחד השיקולים הוא

הצורך כי הגדר תחצה את הכביש במאונך, במקום שבו שדה הראייה של כלי הרכב המתקרבים לנקודת הביקורת יהיה רחב. נקודת המעבר מתוכננת בקטע ישר של הכביש, המאפשר חציה בטוחה, ביטחונית ובטיחותית, שלא ניתן למצוא בהמשך. אשר למקטע אלקנה, לדברי המשיבים מרחק של 200 מטרים בין התוואי לבין בתי היישוב אלקנה הוא מרחק ביטחון מינימלי ביותר, שנועד לאפשר מרחב מבצעי מינימלי ביותר לפעולת כוחות צה"ל, במידה שמחבלים יצליחו לחצות את הגדר, בטרם הגיעם לבתי היישוב.

14. לטענת המשיבים, הפגיעה בעותרים כתוצאה מהקמת הגדר הינה מצומצמת. תוואי הגדר אינו עתיד להשפיע על מרקם חייהם של תושבי הכפר אלזאויה, פרט להגבלת הגישה לשטחים החקלאיים. הוא אינו מגביל גישה לקבלת שירותים ואינו עתיד להשפיע על אפשרויות ההתפתחות של הכפר ועל תוכניות המתאר של הכפר. תושבים שאדמותיהם ייתפסו לצורך הקמת הגדר יהיו זכאים לדמי שימוש שנתיים ולפיצוי בגין נזקיהם. אשר לפגיעה עליה מלינים העותרים כתוצאה מכליאתם ב"מובלעת" וניתוקם מהעיר סלפית, טענות אלה רלוונטיות רק ככל שתמומש הקמת התוואי בשלמותו בהתאם להחלטת הממשלה (מיום 20.2.2005). בעניין זה העתירה מוקדמת מדי. טרם נערכה הבדיקה המשפטית בנוגע לתוואי במערב השומרון ועבודת המטה בעניין אף טרם הושלמה. על כן בשלב זה לא הוצאו צווים המאפשרים תפיסת מקרקעין לצורך הקמת התוואי במערב השומרון.

דיון

15. המתווה הנורמטיבי לדיון בעתירה שלפנינו הונח בפרשת בית סוריק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807) ובפרשת אלפי מנשה (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם)); ראו גם בג"ץ 4938/04 מועצת הכפר שוקבא נ' ראש הממשלה (טרם פורסם), להלן – פרשת שוקבא; בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), להלן – פרשת טנא; בג"ץ 1998/06 מועצה מקומית בית אריה נ' שר הביטחון (טרם פורסם), להלן – פרשת בית אריה). נפסק כי על פי דיני התפיסה הלוחמתית, מוסמך המפקד הצבאי להורות על הקמת גדר ביטחון באזור יהודה ושומרון, ולתפוס לשם כך חזקה במקרקעין השייכים לתושבים פלסטינים. סמכות זו קמה רק כאשר הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הינו בטחוני-צבאי. סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר ביטחון כוללת גם את סמכותו להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים הגרים בישובים ישראלים באזור יהודה והשומרון, אף שהישראלים המתגוררים באזור אינם בגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית (ראו פרשת

אלפי מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 10-8). לעניין זה נקבע כי "תוקיותה של ההתיישבות הישראלית באזור אינה משליכה על חובתו של המפקד הצבאי - כזרועה הארוכה של מדינת ישראל - לדאוג לחייו, לכבודו ולחירותו של כל אדם המצוי בתחום הנתון לתפיסה לוחמתית" (פרשת אלפי מנשה, פסקה 20). שכן, "הסמכות להקים גדר הפרדה להגנה על חייהם וביטחונם של המתישבים הישראלים נגזרת מהצורך לשמור על 'הסדר והביטחון הציבוריים'" (סעיף 43 לתקנות האג). היא מתבקשת מכבוד האדם של כל אדם באשר הוא אדם. היא נועדה לשמור על חייו של כל אדם אשר נברא בצלם אלוהים. חייו של מי שנמצא באזור שלא כדין אינם הפקר. גם מי שמצוי באזור בניגוד לחוק, אינו הופך בכך למי שמצוי מחוץ לחוק" (פרשת אלפי מנשה, פסקה 19; ראו גם בג"ץ 5624/06 עיריית בית אומר נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (טרם פורסם)).

16. על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו במידתיות. בבואו לשקול את תוואי הגדר על המפקד הצבאי לשקול ולאזן בין מספר שיקולים. השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי, מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. השיקול השני עניינו טובתם של בני האוכלוסיה הערבית המקומית שהנם "תושבים מוגנים" (ראו פרשת אלפי מנשה, פסקה 24; פרשת טנא, פסקה 10; פרשת בית אריה, פסקה 8; בג"ץ 11205/05 מועצת הכפר עירייה ואח' נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 6451/04 חלואה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם), פסקה 10). שלישית, על המפקד הצבאי להגן על זכויות האדם של ישראלים הגרים בישובים ישראליים באזור (ראו, פרשת אלפי-מנשה, פסקאות 18-22; פרשת טנא, פסקאות 10-8; פרשת בית אריה, פסקה 8).

17. שיקולים אלה מתנגשים זה בזה. על המפקד הצבאי לאזן בין השיקולים המתנגשים. אמת מידה מרכזית באיזון זה היא ה"מידתיות", על שלושת מבחני המשנה שלה (פרשת בית סוריק, בעמ' 841). ראשית, נדרש קשר התאמה רציונלי בין האמצעי הנבחר לתכלית שנועד להגשימה. שנית, נדרש כי האמצעי הנבחר יהא האמצעי בעל הפגיעה הפחותה בזכויות הנפגעות. שלישית, נדרש כי האמצעי הנבחר יאזן כראוי בין התכלית המונחת ביסוד הפעלתו ובין הזכויות הנפגעות. האחריות והסמכות הם בידי המפקד הצבאי. החלטתו כפופה לביקורת שיפוטית. עם זאת, בית המשפט אינו מבקש להחליף את שיקול דעתו הצבאי-בטחוני של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. אין הוא נכנס בנעלי הגורם הצבאי המחליט. הביקורת השיפוטית בוחנת האם פעולות המפקד הצבאי והחלטותיו מקיימות את הדין. במסגרת בחינה זו יש להבטיח את מידתיות הפגיעה של אמצעי הביטחון בתושבים המקומיים.



18. בחנו בקפידה את התוואי המתוכנן באיזור נשוא העתירה. קיבלנו הסברים מפורטים על השיקולים שעמדו ביסוד בחירת התוואי בכל אחד ממקטעיו. הגענו לכלל מסקנה כי ביסוד התוואי שנקבע מונחים שיקולים ביטחוניים. השיקול המנחה הוא הצורך להגן על שלומם וביטחונם של הישראלים, אלה המתגוררים בישראל; אלה המתגוררים באיזור השומרון; ואלה הנעים מישראל לאריאל ולבקעת הירדן. מכאן שלא נפל פגם בסמכותו של המפקד הצבאי להורות על הקמת גדר ההפרדה באיזור נשוא העתירה. אין בידנו לקבל את טענת העותרים כי הקמת הגדר באיזור אינה חוקית, משום שהיא נועדה לשם הגנה על התנחלויות ועל תושביהן. שאלת חוקיות ישיבתם של התושבים הישראלים באיזור אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. שאלה זו אינה משליכה על חובתו של המפקד הצבאי, על פי דיני התפיסה הלוחמתית, להגן על חייהם, ביטחונם וכבודם של כל אחד מן המתיישבים הישראלים. שמירת ביטחונם מוטלת על שכמו של המפקד הצבאי.

19. האם התוואי המתוכנן הוא מידתי? אין חולק כי מתקיים מבחן המשנה הראשון – מבחן הקשר הראציונלי – במתווה גדר הביטחון. התוואי מגשים את התכלית הבטחונית המונחת ביסוד הקמת הגדר, שהינה יצירת חיץ בין הטרור לבין ישראל והישראלים. בכך מתקיימת התאמה בין האמצעי שננקט לבין המטרה.

20. האם מתווה הגדר מקיים את מבחן המשנה השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה? הגדר יוצרת פגיעה בתושבים הפלסטינים. פגיעה זו נגרמת כתוצאה מתפיסת הקרקעות הדרושות לצורך הקמת הגדר עצמה ועקירת עצים המצויים בתוואי, וכן כתוצאה מכך שאדמות הכפרים, ובהם שטחים חקלאיים מעובדים, יימצאו מצידה "הישראלי" של הגדר. העותרים מבקשים להסיט את התוואי צפונה ומערבה, אל גבול האדמות של הכפר אלזאויה. אין חולק כי הסטת התוואי תפחית מן הפגיעה בתושבים הפלסטינים. אולם התוואי החלופי המוצע על ידי העותרים אינו מקיים את מטרות הביטחון המונחות ביסוד הגדר באותה מידה כמו התוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי. מקובלת עלינו גישתו כי תוואי הגדר נועד להתמודד גם עם איום של ירי ישיר על ישובים ישראלים ועל כבישים בהם נוסעים ישראלים. העותרים לא הרימו את הנטל לסתור את עמדת המפקד הצבאי כי התוואי אינו מספק את המענה הביטחוני הנדרש להגנה על ראש העין, אלקנה וכביש חוצה שומרון, עמדה שהיא כל כולה בתחום ההערכה והמומחיות הביטחוניים. על פי התשתית שהונחה לפנינו, אין אנו מוצאים

עילה להתערב בקביעתו של המפקד הצבאי לפיה גדר שתיבנה מצפון לכביש חוצה שומרון לא תספק את ההגנה הנדרשת לנוסעים בכביש ולפיה גדר שתיבנה לאורך קו תחום איו"ש לא תספק את ההגנה הנדרשת לתושבי ראש העין. כן איננו מוצאים עילה להתערב בקביעתו של המפקד הצבאי כי קיים צורך בטחוני להרחיק את הגדר בכ-500 מטרים מהמחצבה, כדי למנוע את "אפקט האבק" שיפגע ביעילותם של האמצעים האלקטרוניים של הגדר. נמצא, כי אין לפנינו תוואי חלופי שמקיים באופן דומה את דרישות הבטחון, תוך שפגיעתו בתושבים המקומיים קטנה יותר.

21. המסקנה לפיה לא ניתן להתוות תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר שפגיעתו פחותה אינה מסיימת, כשלעצמה, את בחינת המידתיות במובנה השני. עקרונית, בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים והמעברים לאדמות שנותרות מערבית לה (ראו, פרשת שוקבא, פסקה 16). אדמות השייכות לעותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, על המשיבים להבטיח קיומם של הסדרי מעבר ומשטר נגישות סבירים לאדמות העותרים, באופן המצמצם, עד כמה שניתן מנקודת המבט של שיקולי הביטחון, את הפגיעה בהם. נמסר כי מדרום לאלקנה יוצב שער חקלאי, אשר יפתח בשעות שייקבעו בתיאום עם התושבים. העותרים אינם מבקשים הקמתם של מעברים נוספים או שינוי בשעות הפתיחה. עתירתם אינה עוסקת כלל בהסדרי המעבר ובמשטר ההיתרים. במצב דברים זה, לאור העובדה כי העתירה אינה מופנית כנגד מדיניות השערים והסדרי המעבר בגדר הביטחון, אין אנו נוקטים בנושא זה כל עמדה ואין בו כדי לגרוע מן המסקנה כי תוואי הגדר אינו מפר את מבחן המשנה השני של המידתיות. קביעה זו מבוססת הנחה כי לעותרים תהיה נגישות סבירה לאדמותיהם באמצעות הסדרי מעבר סבירים בגדר. ככל שהנחה זו לא תעמוד במבחן המציאות פתוחה בפניהם הדרך לשוב ולפנות לבית המשפט.

22. האם התוואי עומד במבחן המידתיות השלישי (מידתיות "במובן הצר")? מבחן זה בודק אם הנזק הנגרם לתושבים המקומיים מהקמת גדר ההפרדה עומד ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר בתוואי הנבחר. עיקר פגיעתה של הגדר בעותרים היא בתפיסת קרקעות והותרת קרקעות מצידה "הישראלי" של הגדר. הקרקעות הנתפסות לצורך הקמת הגדר כוללות 189 דונם של אדמה פרטית של תושבי הכפר אלזאווייה. כ-900 דונמים נוספים של אדמה פרטית יותרו מצידה "הישראלי" של הגדר. כן יותרו מצד זה של הגדר כ-3,000 דונם של "אדמות מדינה", מרביתם משמשים שטח אש, המוגדר כשטח סגור אשר הכניסה אליו מותנית בהיתרים, ומחצבה. עיקר הפגיעה נגרם במקטע המרכזי. פגיעה זו נדרשת בשל הצורך הביטחוני בהגנה על כביש חוצה שומרון.

23. שוכנענו כי מבחן המידתיות השלישי מתקיים בענייננו. האיזון שערך המפקד הצבאי בין השיקולים הבטחוניים לבין הזכויות והאינטרסים של התושבים הפלסטיניים הוא איזון שנופל בגדר "מתחם המידתיות" ואינו מצדיק התערבותנו. אין אנו מקלים ראש בפגיעות הכרוכות בכניית הגדר גם בתוואי המתוקן. אך שוכנענו כי בנסיבות העניין, הפגיעה בעותרים עומדת ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מהגדר. הקמת הגדר נובעת מקיומו של צורך ביטחוני חיוני. הגדר מהווה מרכיב ביטחוני מרכזי בלחמתה של ישראל מול הטרור הפלסטיני. מטרתה הינה להגן על חייהם של הישראלים מפני פעולות טרור. תועלתה הצפויה, אם כן, היא רבה עד מאד. מנגד, הפגיעה בעותרים אינה קשה וחסומה עד כדי כך שהיא אינה מידתית. תוואי הגדר אינו מותיר תושבים פלסטיניים במרחב תפר. התוואי נצמד לכביש חוצה שומרון ככל הניתן. תוואי הגדר אינו מקיף את כפר אלזאויה ואין הוא יוצר מובלעות. התוואי אינו מנתק את העותרים מיישובים אחרים, ממקורות פרנסה, או משירותים חיוניים אחרים. התוואי אינו פוגע בדרכים קיימות, אינו מפריד בין כפרים פלסטיניים ואינו פוגע בתכניות מתאר של כפרים אלה. תמורת קרקעות פרטיות שייתפסו ועצים שיוצתקו או יעקרו ישולם פיצוי הולם. בתוואי הגדר נכלל שער חקלאי דרכו תתאפשר הגישה לאדמות החקלאיות שיוותרו מצידה "הישראלי" של הגדר. לאור כל זאת, הפגיעה המיידית והישירה בקניינם של התושבים הפלסטיניים ובמרקם חייהם אינה פגיעה קשה באופן בלתי מידתי. בנסיבות אלה, לא מצאנו עילה המצדיקה את התערבותנו בתוואי הגדר המתוכנן. הכרעתנו זו מבוססת על המתכונת של גדר הביטחון לעת הזו. היא מבוססת על ההנחה כי לא יחול שינוי במצב הקיים מבחינת הנגישות של התושבים הפלסטיניים לאיזור השומרון ולעיירה סלפית בפרט. כן מבוססת הכרעתנו על ההנחה כי לעותרים תהיה נגישות סבירה לקרקעותיהם באמצעות הסדרי מעבר סבירים בגדר הביטחון. ככל שהנחות אלה לא תעמודנה במבחן המציאות; בכל מקרה של שינוי המצב הקיים; וככל שיוצאו בעתיד צווים התופסים מקרקעין לשם הקמת גדר נוספת במערב השומרון, פתוחה בפני העותרים האפשרות לשוב ולעתור לבית המשפט.

אי לכך, העתירה נדחית.

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופטת

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, כ"ג באב התשס"ו (17.08.2006).

שופט

שופטת

הנשיא